



Vorprozessualer Anspruch von Bankkunden auf Erstellung von Stichtagbewertungen ihrer Portfolios?

NIKLAUS ZAUGG

Bankkunden sind zur Quantifizierung von Schadenersatzansprüchen aus Vermögensverwaltungs-, Anlageberatungs- und Execution Only-Verträgen auf die Kenntnis der Zusammensetzung und des Werts ihrer Portfolios an bestimmten Stichtagen angewiesen.

In der Regel sind Bankkunden sämtliche Informationen zugänglich, die für die Bewertung ihrer Wertschriftenportfolios per einen bestimmten Stichtag benötigt werden. Der an die Bank gerichtete Kundenwunsch um Erstellung von entsprechenden Stichtagbewertungen berührt die auftragsrechtliche Rechenschaftsablagepflicht mithin nur noch am Rande. Aus dem bestehenden Auftragsverhältnis lässt sich eine entsprechende Verpflichtung der Bank unter Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Parteiinteressen daher nur in Einzelfällen herleiten.

Besteht im konkreten Fall keine bankseitige Verpflichtung, dem Kunden im Rahmen der auftragsrechtlichen Rechenschaftsablage Stichtagbewertungen zukommen zu lassen, ändert daran auch ein vom Kunden entrichtetes Zusatzentgelt nichts. Vielmehr kann die Bank diesfalls zur Erstellung der verlangten Stichtagbewertungen nur durch den Abschluss einer zusätzlichen Vereinbarung verpflichtet werden.

Inhaltsübersicht

- I. Stichtagbewertungen von Portfolios als Mittel zur Schadensquantifizierung
- II. Erstellung von Stichtagbewertungen als Teil der Rechenschaftsablagepflicht von Banken?
 1. Ausgangslage
 2. Umfang der Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR
 3. Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien
 - a. Ausgangslage
 - b. Legitimes Interesse des Bankkunden?
 - c. Überwiegende Interessen der Bank?
 4. Bedeutung der kundenseitigen Entrichtung eines Zusatzentgelts
- III. Vereinbarung über die periodische Zustellung von Depotauszügen als Verzicht auf Einholung von Stichtagbewertungen?
- IV. Ausblick
- V. Fazit

I. Stichtagbewertungen von Portfolios als Mittel zur Schadensquantifizierung

Die seit einigen Jahren zu beobachtenden rechtlichen Umwälzungen im Bankensektor haben dazu beigetragen,

Pour quantifier les prétentions en dommages-intérêts liées à des contrats de gestion de fortune, de conseil en investissement ou à des services « execution only », les clients bancaires doivent connaître la composition et la valeur de leurs portefeuilles à des dates déterminées.

En règle générale, les clients des banques ont accès à toutes les informations qui sont nécessaires pour évaluer leurs portefeuilles de titres à une date de référence. La demande que le client adresse à la banque pour qu'elle procède à des évaluations à des dates déterminées ne touche que très marginalement l'obligation du mandataire de rendre des comptes. Si l'on considère les intérêts en présence, une telle obligation de la banque ne peut dès lors être déduite du mandat existant que dans de rares cas.

Si, dans le cas concret, la banque n'a pas l'obligation de fournir au client des évaluations à des dates de référence dans le cadre de la reddition de comptes prévue par le mandat, le fait que le client verse une rémunération supplémentaire n'y change rien. En pareil cas, la banque ne peut être tenue d'établir les évaluations à des dates de référence à la demande du client que sur la base d'une convention supplémentaire.

dass Umfang und Dichte der auf diesem Gebiet zu beachtenden Normen und Regeln stetig zugenommen haben. Als Begleiterscheinung davon ist der Spielraum für die einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen Banken¹ und Bankkunden tendenziell kleiner geworden.² Bei Realisierung des im Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vorgesehenen Prozesskostenfonds (Art. 85 ff. VE-FIDLEG)³ oder der vom Bundesrat alternativ ins Spiel gebrachten Befreiung von der Leistung von Prozesskostenvorschüssen und Kostentragungsregelung⁴

¹ Der besseren Lesbarkeit halber ist im Folgenden generell von Banken die Rede, wobei die Ausführungen für sämtliche Finanzdienstleister Geltung beanspruchen, die Fremdvermögen verwalten.

² Gemäss den Auskünften der hierzu angefragten Handelsgerichte des Kantons Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich hat dieser Umstand jedoch nicht dazu geführt, dass die Anzahl anhängig gemachter Bankenstreitigkeiten in den letzten Jahren merklich zunahm.

³ Der im Vorentwurf des FIDLEG vorgesehene Prozesskostenfonds ist bei den Vernehmlassungsteilnehmern allerdings auf wenig Gegenliebe gestossen: Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 13. März 2015 («Vernehmlassungsbericht»), 41 f.

⁴ Medienmitteilungen des Bundesrats vom 13. März 2015 und vom 24. Juni 2015, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/message>.

würde Bankkunden der Gang vor die Gerichte in Zukunft zudem merklich erleichtert.

Diese allfällige Begünstigung des Bankkunden in der prozessualen Durchsetzung seiner Ansprüche wird ihn jedoch auch in Zukunft nicht davon entbinden, seine Klage in einer vorprozessualen Phase sorgfältig vorzubereiten. Ist der Bankkunde der Auffassung, die Bank habe seine Vermögenswerte nicht instruktions- bzw. vereinbarungsgemäss investiert, so kommt er nicht umhin, den daraus abgeleiteten Schadenersatzanspruch hinreichend zu substantisieren und zu belegen.⁵ Die Quantifizierung des geltend gemachten Schadens (Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) stellt im Rahmen der Klagevorbereitung regelmässig eine besondere Herausforderung dar.

Bei pflichtwidrig ausgeführten Vermögensverwaltungsmandaten ist der Schaden nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu ermitteln, indem der tatsächliche Vermögensstand mit dem hypothetischen Wert eines während der relevanten Zeitspanne vertragskonform verwalteten Portfolios verglichen wird.⁶ Der Anfang des zu berücksichtigenden Zeitraums wird mit dem Zeitpunkt der erstmaligen Pflichtverletzung der Bank und dessen Ende mit dem Zeitpunkt der Schadensberechnung markiert.⁷ Für letzteren haben die Gerichte bei Fehlen einer anderweitigen Parteiabrede bis anhin verschiedentlich den Zeitpunkt der Vertragsauflösung als massgebend erachtet.⁸

Auch im Zusammenhang mit pflichtwidrig ausgeübten Anlageberatungs- und *Execution Only*-Verträgen muss zur Quantifizierung des Schadens der Ist- dem Sollzustand eines Kundenportfolios gegenübergestellt werden. Da es bei diesen Vertragstypen für jede einzelne Transaktion einer Instruktion bzw. Genehmigung des Kunden

bedarf,⁹ ist nicht zwingend das Portfolio als Ganzes Gegenstand der schadensermittelnden Gegenüberstellung. Vielmehr gilt es in diesem Fall regelmässig zu beurteilen, welches der Wert einer Depotposition im spezifischen Zeitpunkt ihrer pflichtwidrigen Veräusserung war und/oder wie sich eine vertragswidrig getätigte (Re-)Investition im Vergleich zur ursprünglichen bzw. hypothetischen Depotposition bis am Ende der streitrelevanten Periode wertmässig weiterentwickelte.¹⁰

Der bei verletzten Vermögensverwaltungs-, Anlageberatungs- und *Execution Only*-Verträgen für die Schadensberechnung heranzuziehende Vergleich des Ist-Zustands mit dem Soll-Zustand eines Portfolios oder einzelner Depotpositionen setzt somit unter anderem die Kenntnis des tatsächlichen Werts des Portfolios bzw. umstrittener Depotpositionen an den jeweiligen Stichtagen zu Beginn sowie am Ende des streitrelevanten Zeitraums voraus.¹¹ Dabei besteht naturgemäss keine Gewähr dafür, dass diese Stichtage mit jenen Zeitpunkten zusammenfallen, für welche die Bank ohnehin periodische Depotbewertungen erstellt.¹² Wo dies nicht der Fall ist, muss der klagende Bankkunde diese Dokumentationslücke grundsätzlich mit nachträglich zu erstellenden Stichtagbewertungen schliessen.¹³

⁵ BGer 4A_144/2009 vom 6. Oktober 2009 Erw. 3.2.

⁶ BGer 4A_481/2012 vom 14. Dezember 2012 Erw. 3; BGer 4A_351/2007 vom 15. Januar 2008, Erw. 3.2.2; BGer 4C_18/2004 vom 3. Dezember 2004 Erw. 2.1.; BENOÎT CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, Fribourg 2007, N 765.

⁷ BGer 4A_351/2007 vom 15. Januar 2008 Erw. 3.2.3 und 3.4; CHRISTOPH ROSAT, *Der Anlageschaden: Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag*, Diss. Bern 2009, 77.

⁸ BGer 4A_548/2013 vom 31. März 2014 Erw. 4.3; BGer 4A_351/2007 vom 15. Januar 2008 Erw. 3.2.3 und 3.4. Entsprechend auch JEAN-MARC SCHALLER, *Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag*, AJP/PJA 2012, 63. Nicht geklärt ist damit jedoch die Frage, was gelten soll, wenn der Vermögensverwaltungsvertrag im Zeitpunkt der Anspruchserhebung nicht aufgelöst ist: Daher je nach Fallkonstellation differenzierend ROSAT (FN 7), 77 ff. Den Gerichten diesbezüglich ebenfalls ein grosses Ermessen einräumend CHAPPUIS (FN 6), N 768.

⁹ PHILIPP ABEGG/ALEX GEISSBÜHLER/KURT HAEFELI/ERIC HUGENBERGER, *Schweizerisches Bankenrecht – Handbuch für Finanzfachleute*, Zürich 2012, 129.

¹⁰ Bei Anlageberatungsverträgen für das Ende der streitrelevanten Periode allgemein auf den Zeitpunkt der Kenntnisaufnahme der Pflichtverletzung und der Schadensfolgen durch den Bankkunden abstellend FRÉDÉRIQUE BÉNSAHEL/SÉBASTIEN MICOTTI, *Nouveautés en matière de conseil de placements*, Jusletter vom 15. Dezember 2008, N 43.

¹¹ Der Einfachheit halber ist nachfolgend die Rede von der nachträglichen Erstellung eines spezifischen «Depotauszugs», wobei damit auch die Konstellation mitgemeint ist, in der die Bewertung einzelner Depotpositionen für spezifische Daten verlangt wird.

¹² Immerhin ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass der Beauftragte grundsätzlich dazu verpflichtet ist, dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Vertragsauflösung auch ohne ausdrückliche Aufforderung eine aktuelle Abrechnung zukommen zu lassen: WALTER FELLMANN, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Band VI/2/4, *Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 67 zu Art. 400 OR; JEAN-MARC SCHALLER, *Pflichten des Vermögensverwalters nach Beendigung des Mandats*, SZW 2010, 288; ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar*, OR I, 5. A., Basel 2011, N 20 zu Art. 400 OR.

¹³ In BGer 4A_208/2014 vom 9. Oktober 2014 Erw. 6.2.1 hat das Bundesgericht allerdings das Fehlen einer exakten Stichtagbewertung mit einer nicht ohne weiteres nachvollziehbaren Begründung im konkreten Fall nicht als mangelnde Substanziierung betrachtet.

II. Erstellung von Stichtagbewertungen als Teil der Rechenschaftsablagepflicht von Banken?

1. Ausgangslage

Eine Verpflichtung der Bank, dem betroffenen Bankkunden die zur Schadensquantifizierung benötigten Stichtagbewertungen seines Portfolios nachträglich zur Verfügung zu stellen, wird von den Parteien in der Regel nicht spezifisch vereinbart. Es stellt sich daher die Frage, ob sich ein entsprechender Anspruch des Bankkunden aus den einschlägigen Gesetzesbestimmungen ableiten lässt.

Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungs- und grundsätzlich auch Execution Only-Verträge sind Dienstleistungsverträge, bei welchen sich die Informationspflichten der Bank nach den Bestimmungen über den einfachen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR richten.¹⁴ Zu beurteilen gilt es daher, ob sich ein Anspruch des Bankkunden auf Erhalt von Stichtagbewertungen seines Portfolios aus der allgemeinen auftragsrechtlichen Rechenschaftsablagepflicht ableiten lässt.¹⁵

Ausgangspunkt dieser Analyse bildet eine nähere Durchleuchtung des Umfangs der Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR.

2. Umfang der Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR

Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte unter anderem dazu verpflichtet, dem Auftraggeber auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen.

Die Rechenschaftsablagepflicht des Beauftragten i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR ist Ausfluss der Fremdnützigkeit des Auftrags.¹⁶ Sie soll dem Auftraggeber ermöglichen, die vertragsgemässe Erfüllung des Auftrags zu kontrollie-

ren, und insbesondere die unrechtmässige Bereicherung des Beauftragten zulasten des Auftraggebers verhindern.¹⁷

Mit der im Gesetz enthaltenen zeitlichen Präzisierung der Rechenschaftsablagepflicht («jederzeit») wird klargestellt, dass der Beauftragte die erbetenen Auskünfte nicht mit dem Hinweis auf den laufenden Auftrag zurückbehalten kann. Vielmehr hat er dem Auftraggeber auftragsbezogene Informationen auf Verlangen auch während der Ausführung des Auftrags zukommen zu lassen.¹⁸ Für die vorliegende Thematik lassen sich aus diesem Umstand jedoch keine erhellenden Erkenntnisse gewinnen. Die Frage, ob dem Bankkunden ein Anspruch auf rückwirkende Erstellung einer Stichtagbewertung seines Kundenportfolios steht, stellt sich während und nach Beendigung des Auftrags gleichermassen. Sie ist somit nicht unter zeitlichen Gesichtspunkten, sondern vielmehr im Lichte des objektiven Umfangs der Rechenschaftsablagepflicht zu beurteilen.

Angesichts des extensiven Zweckverständnisses der Rechenschaftsablagepflicht wird auch deren Umfang von Lehre und Rechtsprechung generell weit verstanden.¹⁹ Erfasst sind grundsätzlich sämtliche Informationen, die für die Rechtsstellung und Rechtswahrung des Auftraggebers von Bedeutung sind.²⁰

Die Rechenschaftsablagepflicht gilt jedoch nicht unbeschränkt. Vielmehr findet sie ihre Grenzen im Grundsatz von Treu und Glauben.²¹ In Lehre und Rechtsprechung wurden im Zusammenhang mit der auftragsrechtlichen Rechenschaftsablage die folgenden Missbrauchstatbestände entwickelt:

¹⁷ BGer 4A_13/2012 vom 19. November 2012 Erw. 4.1.2; BGer 4A_144/2012 vom 11. September 2012 Erw. 3.2.2; BGE 110 II 181, 182 Erw. 2; Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 2011 Erw. 3.1 in ZR 101/2002, Nr. 26, 100; FELLMANN (FN 12), N 14 zu Art. 400 OR.

¹⁸ FELLMANN (FN 12), N 63 zu Art. 400 OR; PIERRE TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, N 3000; WEBER (FN 12), N 3 zu Art. 400.

¹⁹ DERENDINGER (FN 16), N 129; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Oktober 1980 in ZR 80/1981, Nr. 24, 74–76 m.H. auf weitere Rechtsprechung.

²⁰ FELLMANN (FN 12), N 19 zu Art. 400 OR.

²¹ BGer 4A_13/2012 vom 19. November 2012 Erw. 4.1.2; BGer 4A_144/2012 vom 11. September 2012 Erw. 3.2.2; BGE 4C_206/2006 vom 12. Oktober 2006 Erw. 4.3.1; WEBER (FN 12), N 8 zu Art. 400 OR; FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Der Schweizer Treuhänder 4/04, 300. So auch für das deutsche Recht WOLFGANG KRÜGER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 6. A., München 2012, N 28 zu § 259 dBGB. Allgemein zum Rechtsmissbrauchsverbot HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Band I/1, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 50 ff. zu Art. 2 ZGB.

¹⁴ ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER (FN 9), 104, 124; MARC BAUEN/NICOLAS ROULLER, Swiss Banking, Zürich 2013, 326, 338; SANDRO ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW/RSDA 2/2007, 126 ff., differenzierend in Bezug auf Execution Only-Verträge.

¹⁵ Die Frage nach dem Bestehen von prozessualen und/oder datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlagen für einen allfälligen Anspruch auf Erstellung bzw. Herausgabe von Stichtagbewertungen wird im vorliegenden Aufsatz bewusst ausgeklammert.

¹⁶ WEBER (FN 12), N 2 zu Art. 400; PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. A., Freiburg 1990, N 128.

Missbräuchlich ist nach Auffassung des Bundesgerichts das Verhalten des Auftraggebers einerseits dann, wenn dieser an der verlangten Auskunft kein legitimes Interesse (mehr) hat.²² Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa daran, dass der Auftraggeber über Jahre hinweg keine Rechenschaftsablage verlangt und sich das Einholen von entsprechenden Informationen auch nicht in einer für den Beauftragten erkennbaren Weise für einen späteren Zeitpunkt vorbehält.²³ Ein legitimes Interesse fehlt dem Auftraggeber ausserdem, wenn er bereits über die verlangten Informationen verfügt.²⁴

Unzumutbar ist die Rechenschaftsablage aber andererseits auch dann, wenn die berechtigten Anliegen des Beauftragten das grundsätzlich stärker zu gewichtende Informationsinteresse des Auftraggebers im konkreten Fall überwiegen.²⁵ Dies ist etwa der Fall, wenn die Rechenschaftsablage dem Beauftragten einen unverhältnismässig hohen Zeit- und Arbeitsaufwand verursachen würde.²⁶

3. Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien

a. Ausgangslage

Ob im Rahmen der vorliegenden Fragestellung die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Missbrauchstatbestände zum Tragen kommen, bestimmt sich somit in erster Linie mittels Identifizierung und Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen von Bank und Bankkunde.

b. Legitimes Interesse des Bankkunden?

Der Umstand, dass zwischen dem Stichtag, für welchen der Bankkunde eine Bewertung seines Portfolios verlangt, und dem Zeitpunkt des Auskunftsbegehrens allenfalls mehrere Jahre vergangen sind, schliesst in der hier untersuchten Konstellation ein legitimes Interesse des Bankkunden an der Auskunftserteilung nicht aus. Denn nicht die durch den Missbrauchstatbestand mitunter sanktionierte Untätigkeit des Bankkunden, sondern vielmehr die nachträgliche Kenntnisnahme einer Vertragsverletzung ist vorliegend ursächlich für die verzögerte Kundenanfrage.

Dass der Bankkunde die erbetenen Stichtagbewertungen zur Quantifizierung des aus der behaupteten Vertragsverletzung abgeleiteten Schadenersatzanspruchs benötigt, steht der Bejahung eines legitimen Kundeninteresses ebenfalls nicht entgegen. Vielmehr bezweckt die Rechenschaftsablagepflicht unter anderem, dem Auftraggeber die Erhebung von derartigen Ansprüchen zu ermöglichen.²⁷

In Betracht fällt mit Blick auf die Frage nach dem legitimen Interesse des Bankkunden schliesslich der Umstand, dass dieser regelmässig über die Angaben verfügt, die ihm die eigenständige Bewertung seines Portfolios per einen bestimmten Stichtag erlauben würden. Die Ausarbeitung einer solchen Portfolio-Stichtagbewertung setzt zunächst die Kenntnis der vormaligen Zusammensetzung des betreffenden Wertschriftendepots voraus. Diese lässt sich anhand der zwischen dem letzten verfügbaren Vermögensauszug und dem fraglichen Stichtag erfolgten Depotbewegungen und der hierzu generierten Einzeltransaktionsbelege in der Regel ohne weiteres rekonstruieren. Die Bank ist gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR dazu verpflichtet, dem Kunden Kopien der entsprechenden Einzeltransaktionsbelege herauszugeben. Als weiteres setzt die nachträgliche Erstellung einer Portfoliobewertung voraus, dass sich die historischen Kurse der einzelnen Depotpositionen am gewünschten Stichtag bestimmen lassen. Für die meisten marktgängigen Instrumente sind diesbezügliche Angaben auf verschiedenen Online-Platt-

²² BGer 4C_206/2006 vom 12. Oktober 2006 Erw. 4.3.1.

²³ BGer 4A_144/2012 vom 11. September 2012 Erw. 3.2.2; JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts («Handbuch»), Zürich 2013, N 363. So auch für das deutsche Recht KRÜGER (FN 21), N 35 zu § 259 dBGB.

²⁴ BGer 4C_206/2006 vom 12. Oktober 2006 Erw. 4.3.1; FELLMANN (FN 12), N 82 zu Art. 400 OR; JÖRG/ARTER (FN 21), 300; KRÜGER (FN 21), N 35 zu § 259 dBGB. Vor diesem Hintergrund ist auch fraglich, ob der Auftraggeber – auch gegen die Ausrichtung eines entsprechenden Entgelts – vom Beauftragten in jedem Fall wiederholt dieselbe Auskunft verlangen darf. So etwa JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, 2. A., Basel 2000; kritisch jedoch auch JÖRG/ARTER (FN 21), 299 f.

²⁵ SCHALLER (FN 22), Handbuch, N 356.

²⁶ BGer 4C_206/2006 vom 12. Oktober 2006 Erw. 4.3.1; SCHALLER (FN 22), Handbuch, N 356; FELLMANN (FN 12), N 79 zu Art. 400 OR; KRÜGER (FN 21), N 28 zu § 259 dBGB.

²⁷ BGE 110 II 181, 182 Erw. 2; FELLMANN (FN 12), N 15, 19 zu Art. 400 OR; DERENDINGER (FN 16), N 127; WEBER (FN 12), N 3 zu Art. 400 OR; HOFSTETTER (FN 24), 115. Diese Zweckbestimmung der Rechenschaftsablagepflicht führt jedoch nicht dazu, dass der Beauftragte dem Auftraggeber über den Anwendungsbereich der Rechenschaftsablagepflicht hinaus interne Dokumente wie etwa interne Aktennotizen oder interne Entwürfe auszuhändigen hat, die einzig und allein der Prozessführung gegen den Beauftragten dienen: Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Oktober 1980 in ZR 80/1981, Nr. 24, 76.

formen öffentlich zugänglich.²⁸ Der Bankkunde verfügt somit regelmässig über sämtliche Angaben, um die verlangte Portfoliobewertung selbst vorzunehmen.

Ist der Bankkunde jedoch für den massgeblichen Zeitpunkt nicht im Besitz eines eigentlichen Depotauszugs, so kann ihm trotz allem nicht ohne weiteres entgegnet werden, er verfüge bereits über *die* verlangte Information bzw. *das* verlangte Dokument.

Ein legitimes Interesse des Bankkunden am Zugang zu Depotbewertungen zum Zwecke der Schadensquantifizierung ist daher in der Regel grundsätzlich zu bejahen.

c. Überwiegende Interessen der Bank?

Auf der Basis des grundsätzlich bestehenden legitimen Interesses des Bankkunden an Stichtagbewertungen ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob überwiegende Interessen der Bank die Weigerung zur Erstellung und Offenlegung von entsprechenden Dokumenten zu rechtfertigen vermögen. Zu berücksichtigen sind im Rahmen dieser Interessenabwägung sämtliche Umstände des Einzelfalls.²⁹

Da der Bankkunde im Regelfall über die für die verlangte Portfoliobewertung benötigten Angaben verfügt (vgl. vorne Abschnitt II.3.b.), steht das Bedürfnis nach Aufklärung über die Auftragserfüllung beim Kundenwunsch um Zustellung einer Portfolio-Stichtagbewertung nicht im Vordergrund. Vielmehr rückt die verlangte «kundengerechte Aufbereitung» von an sich bekannten Informationen in die Nähe einer zusätzlichen Dienstleistungserbringung. Die Bank hat daher ein das Kundenbedürfnis überwiegendes Interesse daran, für die Erfüllung einer vom Kerngehalt der Rechenschaftsablage derart weit entfernten Aufgabe keinen erheblichen Zusatzaufwand betreiben zu müssen. Gestützt auf die Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR kann die Bank daher nicht zu einer *nicht automatisierten* Vornahme von Depotbewertungen verpflichtet werden.

Anders präsentiert sich die Ausgangslage, wenn die vom Kunden verlangten Stichtagbewertungen bei der Bank verfügbar sind³⁰ oder sich durch eine entsprechende

Funktion im IT-System der Bank ohne weiteres erzeugen lassen. Zwar bleibt der in Frage stehende Kundenwunsch auch in diesem Fall weit von der Kernessenz der Rechenschaftsablagepflicht entfernt. Der Unterschied zur vorgenannten Konstellation liegt jedoch darin, dass der Bank für die gewünschte massgeschneiderte Auskunftserteilung praktisch kein nennenswerter Zusatzaufwand (mehr) entsteht. Dem Interesse des Bankkunden am Erhalt einer Stichtagbewertung steht hier somit kein stärker zu gewichtiges Anliegen der Bank gegenüber. Die Abwägung der sich gegenüber stehenden Interessen und der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)³¹ gebieten es, dass dem Kunden in derartigen Fällen die bei der Bank verfügbaren Stichtagbewertungen offenzulegen sind.

4. Bedeutung der kundenseitigen Entrichtung eines Zusatzentgelts

Ist der Beauftragte zur Rechenschaftsablage verpflichtet und entsteht ihm dadurch ein über das übliche Mass hinausgehender Mehraufwand, so wird ihm von der Lehre grundsätzlich ein Anspruch auf eine Zusatzentschädigung zugestanden.³² Damit werden das bestehende Vertragsgefüge und die daraus fliessenden Rechenschaftsansprüche nicht erweitert, sondern vielmehr um- bzw. durchgesetzt.³³

Wie soeben dargetan lässt sich aus dem Auftragsrecht die Verpflichtung der Bank zur Erstellung von Stichtagbewertungen nur begründen, wenn diese bei ihr in der einen oder anderen Form bereits verfügbar sind oder sich automatisch generieren lassen (vgl. vorne Abschnitt II.3.c.). Entsprechend fällt der Bank bei der Erfüllung von derartigen Kundenanfragen in diesen Konstellationen kaum ein grösserer Aufwand (mehr) an. Der Fall, dass die Bank dem Kunden im Rahmen der auftragsrechtlichen Rechenschaftsablage nur, aber immerhin gegen ein Zusatzentgelt die gewünschten Stichtagbewertungen zukommen lassen muss, dürfte in der Praxis daher nur selten auftreten.

²⁸ Es gibt aber auch Anlageinstrumente, wie etwa gewisse Hedgefonds, die nicht täglich, sondern nur in periodischen Zeitabständen bewertet werden. Diesfalls kann nicht für jedes beliebige Datum eine exakte Stichtagbewertung vorgenommen werden.

²⁹ BGer 4C_206/2006 vom 12. Oktober 2006 Erw. 4.3.1.

³⁰ «Verfügbar» bedeutet in diesem Zusammenhang, dass bei der Bank ein offizieller Auszug des Kundendepots vorliegt. Hat die Bank für sich im Hinblick auf einen sich anbahnenden Prozess bereits eine manuelle Stichtagbewertung eines Portfolios vorgenommen, so ist diese als ein ausserhalb der Auftragserfüllung entstandenes bankinternes Dokument zu betrachten, das nicht an den Bankkunden herausgegeben werden muss.

³¹ Zum Verhältnis zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB und den auftragsrechtlichen Treuepflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR vgl. FELLMANN (FN 12), N 30 zu Art. 398 OR.

³² SCHALLER (FN 23), Handbuch, N 356; FELLMANN (FN 12), N 26 zu Art. 400 OR; HOFSTETTER (FN 24), 118.

³³ Von dieser Ausgangslage zu unterscheiden ist die in Abschnitt II.3.c. aufgezeigte Konstellation, in welcher bei der Bank bei der Bearbeitung der Kundenanfrage nicht nur ein erheblicher Zusatzaufwand anfallen würde, sondern diesem auch nur ein klar untergeordnetes Informationsbedürfnis des Kunden gegenüber steht. In einem solchen Fall ist die Bank nicht zur Rechenschaftsablage verpflichtet.

Trifft die Bank in der konkreten Situation gestützt auf die auftragsrechtlichen Bestimmungen keine Pflicht zur Erstellung von Stichtagbewertungen (vgl. vorne Abschnitt II.3.c.), so lässt sich für den Kunden daran auch durch das Anbieten eines Zusatzentgelts gegen den Willen der Bank nichts ändern. Die Bedeutung einer vom Kunden signalisierten Zahlungsbereitschaft geht diesfalls nicht über jene einer Offerte für den Abschluss einer entsprechenden Zusatzvereinbarung hinaus. Nimmt die Bank das Angebot des Kunden nicht an, kann sie auch bei Entrichtung einer kundenseitigen Extraentschädigung nicht zur Vornahme der verlangten Stichtagbewertung gezwungen werden.

III. Vereinbarung über die periodische Zustellung von Depotauszügen als Verzicht auf Einholung von Stichtagbewertungen?

Häufig wird im Rahmen von Kontobeziehungen vereinbart, dass die Bank in regelmässigen Zeitabständen Übersichten über die Konten und Depots des Bankkunden zu erstellen hat. Ein Anspruch des Bankkunden auf Herausgabe dieser Unterlagen ergibt sich unabhängig vom konkreten Vertragswortlaut bereits aus der Verpflichtung der Bank, dem Bankkunden alles in Erfüllung des Auftrags Geschaffene herauszugeben.³⁴ Da sich anhand der periodischen Konto- und Depotauszüge die vertragsgemässe Auftragserfüllung überprüfen lässt, sind diese gegenüber dem Bankkunden aber zweifelsohne auch im Rahmen der Rechenschaftsablage offenzulegen.

Es stellt sich die Frage, ob Vereinbarungen über die periodische Erstellung von Konto- und Depotauszügen durch die Bank generell als Verzicht des Bankkunden auf die Einholung von Stichtagübersichten ausserhalb der vereinbarten Intervalle aufzufassen sind.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zwingender Natur ist.³⁵ Soweit die Erstellung von Stichtagbewertungen im konkreten Fall überhaupt unter diese Bestimmung fällt (vgl. vorne Abschnitt II.3.c.), bleibt für die Wirksamkeit eines vertraglichen Verzichts auf den diesbezüglichen Kundenanspruch im Lichte dieser Lehrmeinung von vornherein kein Raum.

Wird die Rechenschaftsablagepflicht der Bank und damit auch ein allfälliger Anspruch des Bankkunden auf Erstellung von Stichtagbewertungen hingegen prinzipiell der Disposition der Parteien unterstellt,³⁶ so ist die Frage nach dem Vorliegen eines diesbezüglichen Verzichts in erster Linie mittels Auslegung der einschlägigen Vertragsklausel zu beantworten.

Mit der Vereinbarung einer periodischen Zustellung von Konto- und Depotübersichten einerseits und dem kundenseitigen Verlangen nach Stichtagbewertungen andererseits werden grundsätzlich unterschiedliche Zwecke verfolgt. Konto- und Depotübersichten dienen primär dazu, den Kunden über die Vorgänge auf seinem Konto zu informieren und ihm die Möglichkeit zur Kontrolle zu geben.³⁷ Dagegen sollen Stichtagbewertungen dem Kunden in erster Linie ermöglichen, einen erlittenen Schaden zu quantifizieren. Im Zeitpunkt der Vereinbarung einer periodischen Zustellung von Konto- und Depotübersichten werden Bankkunden kaum in Betracht ziehen, dass sie in Zukunft auch auf anderweitige Bewertungen ihrer Portfolios angewiesen sein könnten. Vor diesem Hintergrund kann die Bank grundsätzlich nicht davon ausgehen, der Bankkunde habe mit der Zustimmung zur Klausel über die periodische Rechenschaftsablage ein für alle Mal auf die Zustellung von «ausserterminlichen» Depotübersichten verzichtet.

Die Vereinbarung über die periodische Zustellung von Konto- und Depotauszügen geht somit in der Regel nicht mit einer Preisgabe eines allfälligen Anspruchs auf Zustellung von Stichtagbewertungen einher.

IV. Ausblick

Auf der Grundlage des gegenwärtig diskutierten FIDLEG-Projekts könnten Finanzdienstleister in Zukunft von Gesetzes wegen ausdrücklich dazu verpflichtet sein, Rechenschaft über die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung von Kundenportfolios abzulegen (Art. 16 Abs. 2 lit. b VE-FIDLEG). In Art. 72 VE-FIDLEG wird Bankkunden sodann ein jederzeitiger Anspruch auf Herausgabe einer Kopie des «Kundendossiers» sowie «sämtlicher weiterer die Kundin oder den Kunden betreffenden

³⁴ JÖRG/ARTER (FN 21), 298.

³⁵ SCHALLER (FN 22), Handbuch, N 354; FELLMANN (FN 12), N 58 zu Art. 400 OR; WEBER (FN 12), N 21 zu Art. 400 OR; DERENDINGER (FN 16), N 128; HOFSTETTER (FN 24), 116; TERCIER (FN 18), N 3006.

³⁶ Vgl. etwa ROLF KUHN/NINA LUGINBÜHL, Zur Verjährung des Rechenschafts- und Herausgabeanspruches gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beim Vermögensverwaltungsvertrag, AJP/PJA 2014, 982, welche die Wegbedingung der jederzeitigen Rechenschaftsablagepflicht durch die Vereinbarung einer periodischen Rechenschaftsablage für grundsätzlich zulässig halten.

³⁷ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. November 1997 in ZR 97/1998, Nr. 90, 223.

Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat», zuerkannt.

Ob die im VE-FIDLEG stipulierten Rechenschaftsablage- und Editionsspflichten damit generell ein weiteres Feld an offenzulegenden Dokumenten abstecken als die einschlägigen Normen des geltenden Auftragsrechts, wird derzeit in der Lehre kontrovers diskutiert.³⁸

Dessen ungeachtet wird die in Art. 16 Abs. 2 lit. b VE-FIDLEG spezifizierte Rechenschaftsablagepflicht voraussichtlich nicht über die regelmässig vereinbarte periodische Erstellung von Depotübersichten hinausgehen.³⁹ Auch die in Art. 72 VE-FIDLEG stipulierte Editionsspflicht entspricht insoweit der aktuellen Rechtslage,⁴⁰ als von dieser nur die Herausgabe von beim Beauftragten bereits vorhandenen Dokumenten und nicht von virtuellen Unterlagen – wie etwa nicht verfügbare Stichtagbewertungen – erfasst ist.

V. Fazit

Bankkunden sind zur Quantifizierung von Schadenersatzansprüchen aus Vermögensverwaltungs-, Anlageberatungs- und *Execution Only*-Verträgen auf die Kenntnis der Zusammensetzung und des Werts ihrer Portfolios an bestimmten Stichtagen angewiesen. Auch in ihrer Eigenschaft als Beauftragte des Kunden sind Banken jedoch nicht in jedem Fall dazu verpflichtet, ihm bei der Erlangung von entsprechenden Stichtagbewertungen behilflich zu sein.

Da dem Kunden in der Regel sämtliche Informationen zugänglich sind, die zur Vornahme der gewünschten Depotbewertungen benötigt werden, berührt der Wunsch nach ihrer kundengerechten Aufbereitung die Rechenschaftsablagepflicht der Bank nur noch am Rande. Aus

dem bestehenden Auftragsverhältnis lässt sich die Verpflichtung der Bank zur Erstellung von Stichtagbewertungen unter Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Parteiinteressen daher nur herleiten, wenn sie ohnehin bereits im Besitz solcher Dokumente ist oder diese sich ohne weiteres aus dem bankinternen IT-System extrahieren lassen.

Besteht im konkreten Fall keine bankseitige Verpflichtung, dem Kunden im Rahmen der auftragsrechtlichen Rechenschaftsablage Stichtagbewertungen zukommen zu lassen, ändert daran auch ein vom Kunden offeriertes Zusatzentgelt nichts. Vielmehr kann die Bank diesfalls zur Erstellung der verlangten Depotübersichten nur durch den Abschluss einer zusätzlichen Vereinbarung verpflichtet werden.

Ist die Bank gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR im Einzelfall hingegen dazu gehalten, dem Kunden verfügbare Stichtagbewertungen offenzulegen, so vermag eine Standardvereinbarung über die periodische Erstellung von Depotauszügen die Bank in der Regel nicht von einer solchen Verpflichtung zu entbinden.

Es ist derzeit nicht davon auszugehen, dass die künftige FIDLEG-Gesetzgebung eine wesentliche Neubeurteilung dieser Einschätzungen erforderlich machen wird.

³⁸ FLAVIO AMADÒ/GIOVANNI MOLO/RAFFAELE DE VECCHI, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP/PJA 2013, 1803, gehen etwa davon aus, dass Art. 72 VE-FIDLEG ein weiter gehendes Spektrum an herauszugebenden Dokumenten abdeckt als die Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. Auch im Rahmen der Vernehmlassung zum FIDLEG Projekt wurde die Befürchtung geäussert, dass der gegenwärtige Wortlaut von Art. 15 und 16 VE-FIDLEG «zu ausufernden Dokumentationspflichten führen könnte»: Vernehmlassungsbericht (FN 3), 20. S. PHILIPP FISCHER/ANTOINE AMIGUET, LSFIN/LEFIN – «Wind of Change» ou «Highway to Hell»? , Anwaltsrevue 1/2015, 37, vertreten dagegen die Ansicht, dass sich mit Inkrafttreten von Art. 72 VE-FIDLEG an der bestehenden Rechtslage nichts verändern würde.

³⁹ Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD zur Vernehmlassungsvorlage FIDLEG/FINIG vom 25. Juni 2014, 49.

⁴⁰ Vgl. JÖRG/ARTER (FN 21), 297.